

EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E RESSOCIALIZAÇÃO EM PORTUGAL: LINHAS DE UM ESBOÇO

André Lamas Leite ¹

1- Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal) e Membro da sua Escola de Criminologia Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade do Porto e Mestre na mesma área pela Universidade de Coimbra (Portugal) Membro da Direção da Sociedade Portuguesa de Criminologia

*Contacto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Rua dos Bragas, 223
4050-123 Porto (Portugal)
aleite@direito.up.pt*

Resumo: Após enquadrar a execução da pena de prisão em Portugal nos principais traços político-criminais, analisa-se o papel central que a ressocialização continua a desempenhar, ao menos em sede legislativa. Alguns dados estatísticos caracterizadores do sistema penitenciário português são também apresentados, concluindo-se o estudo com uma sistematização de um dispositivo orientado para a contenção da população reclusa dentro de limites razoáveis.

Palavras-chave: Prisão, Ressocialização, Sistema penitenciário, Portugal.

Abstract: After describing the imprisonment penalty's execution in Portugal and its insertion within the main criminal policy guidelines, the resocialization's central role, at least in terms of legislation, is highlighted. Some statistical data which characterize the Portuguese prison system are also presented. The study is concluded by systematizing the instruments aimed at containing the inmate population within reasonable limits.

Keywords: Prison, Resocialization, Prison system, Portugal.

I. INTRODUÇÃO. RAZÃO DE ORDEM

O presente artigo visa objetivos modestos: dar a conhecer, de forma necessariamente sincopada e enxuta, alguns dos traços basilares do sistema penitenciário português, embora somente na sua vertente legislativa e naquilo que contende, de forma direta, com a consagração de desideratos ressocializadores. Não nos iremos debruçar, assim, sobre as condições materiais dos estabelecimentos prisionais, sobre a sua organização e estrutura, mas apenas sobre os eixos rectores que o legislador nacional entendeu conferir à execução da pena privativa de liberdade.

Para além do essencial enquadramento da temática em algumas das principais reflexões que a doutrina jurídico-penal e criminológica internacional tem dedicado à questão, lançaremos mão, a título ilustrativo, de alguns dados estatísticos que nos permitam construir uma imagem mais aproximada da realidade e, de seguida, elencaremos as principais medidas legislativas erigidas no sentido de conter a população prisional dentro de padrões semelhantes aos observados em outros Estados. Por fim, e também como resumo do que fica dito, traçaremos os fundamentos de um dispositivo que tem sido aplicado em Portugal com esse mesmo objetivo de aplicar a pena de prisão como *ultima ratio*, não nos abstendo, aqui e além, de alguns contributos pessoais.

II. BREVÍSSIMO ENQUADRAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

É um dado adquirido há algumas décadas, pelo menos enquanto a imaginação humana não conseguir burilar outra solução, que a prisão é uma inevitabilidade. Aí estão, se dúvidas houvesse, os estudos de MICHEL FOUCAULT sobre a matéria que, em análise histórica profunda, mostram que, a partir da valorização da liberdade humana defendida pelo Iluminismo, este passou a ser o bem por excelência cuja restrição as sociedades de Estado de Direito admitem como apto a limitação, após o abandono do corpo e, em certa medida, da vida. Da mesma forma, os vários movimentos abolicionistas, com as suas diversificadas motivações, tendo tido embora uma importante função de crítica do Direito Penal, acabaram por demonstrar à saciedade, *inter alia* de CHRISTIE e HULSMAN, que é impossível abandonar um sistema criminal em que o Estado desapareça, de todo, como titular do *ius puniendi*. O que não tem impedido, em sucessivas matérias – e, em várias delas, de modo excessivo, em nosso entender –, que o nosso ramo de Direito, bastião da *res publica*, não conheça hoje novas e muitas vezes preocupantes formas de privatização da administração da justiça criminal ⁽¹⁾.

Donde, invertendo a conhecida afirmação de RADBRUCH, mais do que procurar algo melhor do que o Direito Penal, a preocupação da dogmática criminal e da criminologia deve ir no sentido de *melhorar* esse ramo de Direito. Após a II Grande

⁽¹⁾ Sobre o problema, entre tantos, cf. os nossos *A Mediação Penal de Adultos. Um Novo «Paradigma» de Justiça Penal? Análise Crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*, «Mediação Penal e Finalidades do Sancionamento – Esboço de uma *Relatio*», in: *Ciências Penais*, 11 (2009), pp. 49-96, e «Notas de Enquadramento da Mediação Criminal de Adultos em Portugal», in: *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, 53 (2009), pp. 203-217. Configurando, de modo semelhante, a mediação penal como «complemento» e não como «alternativa» ao sistema criminal «tradicional», cf. PABLO GALAIN PALERMO, *La Reparación del Daño a la Víctima del Delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, *passim*, e FERNANDO MARTÍN DÍZ, *La Mediación: Sistema Complementario de Administración de Justicia*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2010, pp. 49-167.

Guerra, o ideal ressocializador conheceu o seu apogeu em Estados como os do Norte da Europa, bem se podendo falar, a propósito, de um «mito» ressocializador. Foi este o período em que todo o criminoso se presumia ressocializável e em que as considerações preventivas-especiais eram tidas como aquelas que desempenhavam o principal papel na determinação da medida concreta da pena e na respetiva execução. De entre outros fatores, um acentuado incremento nas taxas de criminalidade a partir da década de Sessenta da centúria transata fez com que esse «mito» se comesçasse a dissipar. Não é de estranhar, pois, que esse seja também o período de mais acintosas críticas ao Direito Penal ⁽²⁾. A crise do ideal ressocializador deu lugar, em vários países, desde os Estados Unidos a alguns países europeus, de entre eles o Reino Unido e a Espanha ⁽³⁾, ao chamado «punitive turn», um movimento explicável por uma multiplicidade de fatores económicos, sociais, políticos e jurídicos e que se tem caracterizado por uma defesa da elevação das molduras penais abstratas, pela neocriminalização e, em certa medida, pela diminuição das garantias processuais do arguido. Do prisma das teorias explicativas dos fins das penas, advoga uma orientação neoretributiva ⁽⁴⁾. Não se trata, todavia, de uma

⁽²⁾ Críticas essas que, como é evidente, se inserem no mais vasto problema da «crise, *rectius*, crises da Justiça» e, no que aqui mais directamente importa, da prisão como forma de sancionamento. Sobre isto, MICHAEL CAVADINO / JAMES DIGNAN, *The Penal System. An Introduction*, 3rd ed., Sage: London, Thousand Oaks / New Delhi, s/d, mas 2002, pp. 176-226.

⁽³⁾ Neste País tem-se assistido a um movimento constante de maior punitividade em cada uma das reformas penais, como tem salientado a doutrina. Entre tantos, cf. AA. VV., *El Populismo Punitivo*, Barcelona: Ajuntament de Barcelona, 2005. Demonstrando a importância das políticas de «tolerância zero» como estratégias de controlo social, vide JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, «Itinerarios de Evolución del Sistema Penal como Mecanismo de Control Social en las Sociedades Contemporáneas», in: PATRICIA FARALDO CABANA *et al.* (coord.), *Nuevos Retos del Derecho Penal en la Era de la Globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 15-63.

⁽⁴⁾ De entre uma multiplicidade de causas, podem apontar-se, para além das já explanadas em texto, uma perspectiva política mais conservadora; a união do Estado face a um «inimigo comum»: a Guerra Fria; a «homogeneidade do corpo social» contra o crime, o aumento da criminalidade associada aos estupefacientes – *war on drugs*; o facto de a própria sociedade reclamar mais intervenção do Direito e, em especial, do Direito Penal, muito devido ao aumento da qualidade e do nível de vida a que se assistiu no século passado, sendo contudo de sublinhar que as pessoas são cada vez menos recetivas ao risco e, paradoxalmente, a sociedade hodierna é cada vez mais uma «sociedade de riscos» (JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ,

orientação confundível com o *Feindstrafrecht* de JAKOBS⁽⁵⁾, embora com este partilhe alguns traços.

Portugal tem passado relativamente ao lado desse reforço punitivo. Na verdade, excetuando a elevação das penas e até a construção de novos tipos legais de crime no

La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 2001, pp. 36-37). Aliás, este último autor (p. 32) fala na sociedade da «insegurança sentida», exatamente na medida em que mais do que o sentimento de insegurança objetiva, aquele que predomina é o de *insegurança subjetiva*, fenómeno este que hoje se não compatibiliza com a velha dicotomia direita/segurança, esquerda/liberdade. Basta atentar no *slogan* «tough on crime, tough on the causes of crime» (Partido Trabalhista, Reino Unido).

Segundo FRANKLIN E. ZIMRING, «Política Criminal y Legislación Penal en la Experiencia Estadounidense Reciente», in: JOSÉ LUÍS DíEZ RIPOLLÉS *et al.* (eds.), *La Política Legislativa Penal en Occidente. Una Perspectiva Comparada*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 47-61, nos EUA, a primeira fase do «punitive turn» vai desde 1973/75 a 1985, e caracteriza-se por não ter, ao menos *ab initio*, uma motivação legislativa evidente, assentando muito na importância dos *media* e da opinião pública quanto ao fenómeno criminal e sua visibilidade. Numa segunda fase (1985-1993) observa-se um medo generalizado em relação ao tráfico e consumo de drogas e criminalidade associada e a *war on drugs* tem o seu impacto nas políticas e leis federais, sempre no sentido da elevação das molduras penais. De 1993 até à atualidade verifica-se um aumento da população em reclusão, apesar de a taxa de criminalidade nos EUA decrescer. Em 1994, o Congresso federal aprova uma lei que aumenta a ajuda financeira aos Estados para estes construírem mais prisões e manterem o sistema prisional existente e a própria duração das condenações. Assiste-se ainda à privatização de vários estabelecimentos prisionais e à verificação de que esta maior punitividade reforça os mecanismos de *net widening*. As leis de *three strikes and you're out* fazem o seu aparecimento, tendo sido adotadas em cerca de 30 Estados dos EUA, com particular enfoque na Califórnia. Acabam por redundar, na maior parte das vezes, em *indeterminate life imprisonment terms*. Apesar da sua marcada severidade, a respetiva conformidade com a Constituição (*maxime*, a 8.ª Emenda) foi afirmada pelo *Supreme Court of the US*, por duas decisões de 5/3/2003 (5 juizes, contra 4 votos de vencido). É de destacar, por fim, que este tipo de legislação nada mais é que uma forma de exercício de violência motivada por considerações instrumentais, seguindo a tipologia proposta por D'ANJOU *et al.*, «Demanding More Severe Punishment – Outline of a Theory», in: *British Journal of Criminology*, 18, 4 (1978), pp. 326-347.

⁽⁵⁾ O pensamento do autor pode ser dividido em três fases. Em 1985 surge o conceito apenas concebível em um Direito Penal de necessidade (de emergência), tendo tido, então, pouco eco na doutrina. Em 1999 o discurso de JAKOBS radicaliza-se e, por outro lado, também se torna mais definido o que se pretende abarcar com o Direito Penal do inimigo. Este último é descrito como todo aquele que não garante a «segurança cognitiva mínima» (*kognitive Mindestsicherheit*), podendo o inimigo afastar-se do Direito através da sua atitude (v. g., criminosos sexuais), da sua «vida aquisitiva» (v. g., criminalidade económico-financeira, organizada, ligada às drogas), ou da pertença a uma organização (v. g., terrorismo e a mais grave criminalidade organizada). Por fim, de 2002 até à atualidade, assiste-se a uma fase de mais algum esclarecimento e de depressão. JAKOBS passa a ver «cidadão» e «inimigo» como tipos ideais: o cidadão como indivíduo competente para participar na vida social, afirmando ainda que o inimigo não faz parte da função de estabilização da norma (FRANK SALIGER, *Feindstrafrecht: kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?*, in: *Juristenzeitung*, 15-16 (2006), pp. 756-762; sobre o conceito de «categoria cognitiva, cf., ainda, JAKOBS, «La Pena Estatal: Significado y Finalidad», in: JAKOBS *et al.*, *Función de la Pena Estatal y Evolución de la Dogmática Post-Finalista*, México, DF: Editorial Porrúa, 2006, pp. 52-58).

que contende com a delinquência conexada com o terrorismo e alguma da «criminalidade violenta e altamente organizada», em grande medida imposta por compromissos internacionais assumidos pelo Estado português, *maxime* no domínio da União Europeia, a que acrescem algumas mudanças punitivas em sede de crimes que, por via de processos judiciais particularmente mediáticos, têm suscitado maior alarme social, como aconteceu com os delitos contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, Portugal não se tem caracterizado, tecnicamente, por uma verdadeira mudança punitiva. O mesmo se diga em sede das orientações maioritárias na doutrina e na jurisprudência nacionais quanto às finalidades das reações criminais, as quais permanecem orientadas para as doutrinas preventivas, gerais e especiais. E isto não apenas nas afirmações de princípio mas, o que é mais importante, no processo de determinação da medida concreta da pena, o qual hoje se caracteriza, maioritariamente, pela aplicação da chamada «teoria da moldura da prevenção» ⁽⁶⁾. Para além disso, como haverá ocasião de desenvolver mais à frente neste trabalho, o ordenamento jurídico-criminal português continua empenhado, ao menos na letra da lei e na construção formal dos institutos jurídicos, na defesa da ressocialização do condenado não somente como um dos desideratos da intervenção punitiva do Estado, mas também ao nível da execução da pena privativa de liberdade. Tudo marcas que depõem no sentido de Portugal se encontrar, até à data, à margem desse movimento de acrescida punitividade. Isto, refira-se, ao nível legislativo. Outro segmento de análise será o da duração média

⁽⁶⁾ Sobre ela, para apenas citar doutrina portuguesa, embora a origem da teoria em texto seja germânica, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 227-231, e ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 545-576. Recentemente, cf. A. LOURENÇO MARTINS, *Medida da Pena. Finalidades, Escolha*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

das penas de prisão em Portugal, em que aí o seu valor é superior à média europeia ⁽⁷⁾. A ele também haveria que acrescer o estudo das representações da justiça e da maior ou menor punitividade das vítimas de crimes quando comparada com a dos operadores judiciais. Todavia, estes estudos encontram-se por fazer.

Uma outra tendência que tem vindo a influenciar o Direito Penal e a execução das reações criminais é a crescente importância do pragmatismo, do atuarialismo e do «managerialismo» ⁽⁸⁾. *Per summa capita*, qualquer um dos três eixos propende para uma administração da justiça penal mais empenhada na redução de custos, na maior racionalidade económica na abordagem do fenómeno criminal e no eventual comprometimento de princípios axiológicos se e na medida em que tal seja necessário a um tratamento jurídico-penal mais conforme com uma lógica utilitária. Reconhecendo embora a atualização de vários dos seus princípios, não andaremos longe da verdade ao afirmar que estas orientações radicam nos pressupostos que se bebem em BENTHAM. Os métodos atuarialistas, nascidos da estatística, da matemática e de outras ciências que trabalham com probabilidades, têm sido utilizados em matérias como a *parole* norte-americana e, mais em geral, em institutos cuja aplicação dependa da elaboração de um juízo prognóstico favorável quanto ao arguido ou condenado. Embora alguns dos seus traços possam ser auxiliares – nunca elementos determinantes *per se* – na construção de um juízo judicativo, nunca se poderá, sob pena de violação frontal das exigências de justiça material, arvorá-lo em critério único, como vai sendo pretendido pelos mais

⁽⁷⁾ De acordo com dados da Direção-Geral dos Serviços Prisionais – DGSP – (2009 e 2010, disponíveis em <http://www.dgsp.mj.pt>), cerca de 30% das penas de prisão cumpridas em Portugal situam-se no intervalo entre 3 e 6 anos de pena efetiva, seguidos de cerca de 20% de penas entre 6 e 9 anos de prisão. As medidas de segurança representam apenas qualquer coisa como 2,5% do total dos reclusos.

⁽⁸⁾ Uma primeira abordagem destes conceitos pode ver-se em BARBARA A. HUDSON, *Understanding Justice. An Introduction to Ideas, Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*, 2nd ed., reimpr., Berkshire: Open University Press, 2008, pp. 157-164.

ortodoxos da dita «análise económica do Direito». Do mesmo passo, o «managerialismo» e o pragmatismo, este último um simples constituinte do primeiro, mais amplo, não nos parece uma verdadeira nova forma de encarar o *ius puniendi*. É certo que o *managerialism*, nascido no *common law*, propõe que o delito passe a ser considerado como mais uma espécie de «negócio», de empresa a gerir, o que importa que os resultados, os *outputs*, sejam o analisador por excelência da eficácia e da eficiência. Se esses *outputs* são ou não conformes aos fundamentos constitucionais, é assunto que não merece prioridade de tratamento, embora o «managerialismo» em um Estado de Direito tenha de se sujeitar aos cânones constitucionais.

O que não significa, como é bem de ver, que inexista um amplo espaço de (in)determinação que escape aos quadros de um Direito Penal moderno nascido sob o signo liberal. O que cada vez mais parece indiscutível é a urgência na aceitação de que o Direito Criminal, sob pena de se criar um *gap* entre ele e a realidade atuante que se propõe regular, tem de conhecer distintas formas de intervenção em função da gravidade objetiva dos crimes. A pequena e a média criminalidade devem contemplar, sempre de modo que mantenha, todavia, o carácter público do sancionamento, manifestações progressivas de oportunidade e consenso e, também dentro de requisitos balizados de jeito preciso, um aprofundamento das penas de substituição, as quais não devem, porém, perder a sua efetividade. Na criminalidade mais grave, não se patrocinando um Direito Penal do inimigo jakobsiano, ter-se-á de admitir a flexibilização de algumas garantias processuais, em termos próximos do que já hoje sucede em matéria de meios de prova e de meios de obtenção da prova.

III. A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA LEI E NAS ESTATÍSTICAS

A. Dados legislativos. Enquadrados que estamos no movimento de política criminal hodierno, cumpre averiguar do modo como a legislação portuguesa encara o cumprimento da pena de prisão. Correspondendo a uma tradição jurídica nacional de humanização do sancionamento criminal, o que não impediu, sublinhe-se embora, atrocidades em períodos históricos tão distintos como o da Inquisição e, bem mais perto dos nossos dias, aquando do regime ditatorial e antidemocrático anterior à Revolução de 1974, é indisputado que o ordenamento jurídico luso permanece comprometido com a ressocialização.

A pena é vista, em um Estado de Direito democrático e *social* como um *direito do recluso* ⁽⁹⁾, na medida em que ela deve conter um potencial de reintegração do condenado na sociedade. Estamos em face da existência de condições para, querendo, o condenado poder aceder a uma inserção comunitária mais conforme às exigências do Direito, uma ressocialização sempre *proposta* e nunca imposta («prevenção da reincidência», na expressão de ESER), não apenas por razões de defesa da dignidade da pessoa humana, mas também por pragmáticas razões de impossibilidade de modificação de personalidades. Aliás, o Direito Penal não deseja atuar sobre personalidades *qua tale*, mas apenas sobre as respetivas manifestações na concreta realidade social, vazadas no preenchimento de específicos tipos legais de crime. Somente assim se harmoniza a prevenção especial (positiva) com o Direito Penal do facto e, bem vistas as coisas, com

⁽⁹⁾ Sobre a matéria, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, *passim*.

uma verdadeira tese do ilícito pessoal que, focada no desvalor da ação, não esquece, todavia, a importância, embora em segunda linha, do desvalor do resultado. Não é este, por certo, o lugar ou o momento para nos debruçarmos em pormenor sobre esta magna questão ⁽¹⁰⁾. O que pretendemos – isso sim – é afastarmo-nos de uma conceção do ilícito pessoal totalmente desligada do resultado enquanto ocorrência externo-objetiva e que, não apenas no mundo das representações sociais, mas também das valorações jurídico-penais, deve ter um papel de não somenos importância. Se assim não for, uma exasperada e imperialista visão do desvalor da conduta ou da ação, à maneira de uma fase inicial dos escritos de WELZEL, p. ex., arrisca-se a fazer do Direito Penal um ramo divorciado da realidade social, laborando na «estratosfera» do pensamento e das lucubrações teóricas, como sucede já hoje com algumas orientações que se reclamam da «prevenção geral positiva ou de integração» ⁽¹¹⁾.

Perspetivada a sanção privativa de liberdade como um direito do recluso, este dispõe de uma pretensão tutelada como direito fundamental em face do Estado, não apenas em visão negativa (abstencionista), mas também em jeito prestacionista (positivo). Pode e deve o condenado reclamar do Estado a criação de condições favoráveis a que a pena de prisão ofereça os mecanismos adequados à ressocialização, de tal modo que, inexistindo estes por via legislativa, se verifique uma verdadeira inconstitucionalidade por omissão. Ora, a Lei Fundamental portuguesa, ao erigir um Estado de Direito democrático e *social* (artigos 1.º e 2.º), empenhado na valorização da

⁽¹⁰⁾ Veja-se a obra de GÜNTHER STRATENWERTH, *Disvalor de la Acción y Disvalor de Resultado en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2006, *passim*.

⁽¹¹⁾ Manifestando-nos subscritores de várias das críticas que têm sido dirigidas ao pensamento de JAKOBS sobre a matéria em texto, devemos todavia sublinhar que o autor se pronuncia favorável à necessidade de a prevenção geral também não deixar de acautelar o afastamento dos demais indivíduos da prática criminosa, em forma mais próxima da prevenção geral negativa (entre tantos textos de JAKOBS, cf. «La Pena Estatal...», p. 44).

dignidade da pessoa humana, prevê a ressocialização como um dos objetivos de política criminal, seja na sua vertente *preventiva*, seja na *repressiva* ⁽¹²⁾, logo, também ao nível da execução da pena. Na verdade, a Constituição portuguesa de 1976 dotou-se de um completo programa político-criminal, não se limitando a meras proclamações, mas assumindo sim uma opção de adscrição do legislador ordinário a limites relativamente precisos em sede de respeito pelo princípio da legalidade (art. 29.º), de previsão de amplas garantias de defesa, com escolha expressa do modelo processual penal (de estrutura acusatória) – art. 32.º –, bem como de estabelecimento de medidas de coação detentivas como instrumentos de *ultima ratio*, afivelados ao respeito pelo princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2), com uma regulamentação bastante precisa para o que é habitual em uma *norma normarum* (cf. art. 28.º). Do mesmo modo, com relevo para o tema sobre que nos debruçamos, estabelecem-se limites de duração das penas e medidas de segurança, mais se afirmando (n.º 5, do art. 30.º, da Constituição) que o condenado mantém a titularidade de todos os direitos fundamentais que não tenham de ser limitados por via do sentido e das exigências da execução. Estamos, em definitivo, longe das concepções de «relações especiais de poder» que, desenvolvidas pelo administrativista OTTO BACHOF, fizeram curso até cerca de meados do século passado. Os condenados ao cumprimento de sanção criminal são, assim, cidadãos que mantêm os seus direitos fundamentais como regra, apenas se excecionando aqueles que, de todo em todo, o tenham de ser por via dessa execução.

O mesmo se diga do Código Penal (CP) que não se limitou – e isto já ao contrário do que sucede em outros ordenamentos que nos são próximos – a prever as sanções

⁽¹²⁾ Sobre estes dois aspetos basilares da noção de política criminal, cf., *inter alia*, HEINZ ZIPF, *Politica Criminale*, Milano: Giuffrè, 1989, pp. 5-14.

criminais sem uma indicação legislativa do respetivo sentido. No art. 40.º, n.º 1, introduzido pela Revisão de 1995 do CP, passou a dispor-se de um normativo segundo o qual as penas e medidas de segurança visam «a proteção de bens jurídicos e a *reintegração do agente na sociedade*» ⁽¹³⁾. Independentemente da discussão sobre se as codificações penais devem ou não tomar posição sobre uma das maiores *vexatae quaestiones* do nosso ramo de Direito, o certo é que o legislador nacional adscreeveu a prevenção especial positiva como um dos fundamentos da intervenção criminal, o que comporta inegáveis e fundas consequências na ordenação posterior. Acresce que o art. 42.º do CP prevê *expressis verbis* o sentido da execução da pena privativa de liberdade, de novo avultando a «reintegração social do recluso», com uma perspectiva diríamos minimalista, qual seja, a de criar as condições necessárias para evitar a reincidência e não, como assinalámos já, como o objetivo de modificar internamente qualquer estrutura de personalidade ⁽¹⁴⁾.

A Lei sobre Política Criminal para 2009/2011 (Lei n.º 38/2009, de 20 de julho), concretizadora da Lei Quadro da Política Criminal (Lei n.º 17/2006, de 23 de maio) ⁽¹⁵⁾, começa por estabelecer «a reintegração dos agentes do crime na sociedade» como um dos objetivos gerais para o triénio (art. 1.º), mais prevendo que a execução da pena de prisão deve «(...) evitar a estigmatização do condenado, promovendo a sua reintegração responsável na sociedade» (art. 19.º, n.º 3). Na mesma linha se insere o recente Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (CEP, Lei n.º 115/2009, de

⁽¹³⁾ Itálicos acrescentados.

⁽¹⁴⁾ Art. 42.º, n.º 1, do CP (Execução da pena de prisão) 1 – A execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes.

⁽¹⁵⁾ Para uma análise crítica desta lei, por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Lei-Quadro da Política Criminal», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 135, n.º 3938 (2006), pp. 262-276.

12 de outubro), ao consagrar como um dos princípios orientadores da execução a respetiva aproximação das «condições benéficas da vida em comunidade» (art. 3.º, n.º 5), numa clara admissão dos efeitos criminógenos da privação de liberdade, a que acresce o *princípio da individualização do tratamento penitenciário*, orientando o condenado para uma progressiva aproximação à liberdade (art. 5.º).

B. Alguns dados estatísticos. Considerando o ano de 2008, o sistema penitenciário português encontra-se, ao nível do número de reclusos (101,5 por cada 100.000 habitantes), próximo da média dos países da Europa do Sul e da Europa ocidental (95 por cada 100.000), muito longe de Estados como os EUA (756 reclusos por 100.000 habitantes), aquele que maior taxa de população prisional apresenta ⁽¹⁶⁾ (cf. gráfico n.º 1).

⁽¹⁶⁾ Estamos obviamente a referir-nos aos países que disponibilizam estes elementos, pois alguns existem, de entre os quais avulta a China, que os não fornecem ou, quando o fazem, há motivos sérios para não validarmos cientificamente esses dados, sendo previsível, tendo em conta a dimensão populacional e o regime político vigente, que nesse Estado os números sejam ainda superiores aos dos EUA. Sobre o fenómeno da *mass incarceration* nos Estados Unidos e sobre o paradoxo existente entre uma economia que se reclama de livre mercado e empenhada em construir uma espécie de novo *laissez faire*, *laissez passer* fisiocrata, e a manutenção de elevadíssimas taxas de encarceramento, vide, por todos, a marcante obra de BERNARD E. HARCOURT, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard: Harvard University Press, 2011.

As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.

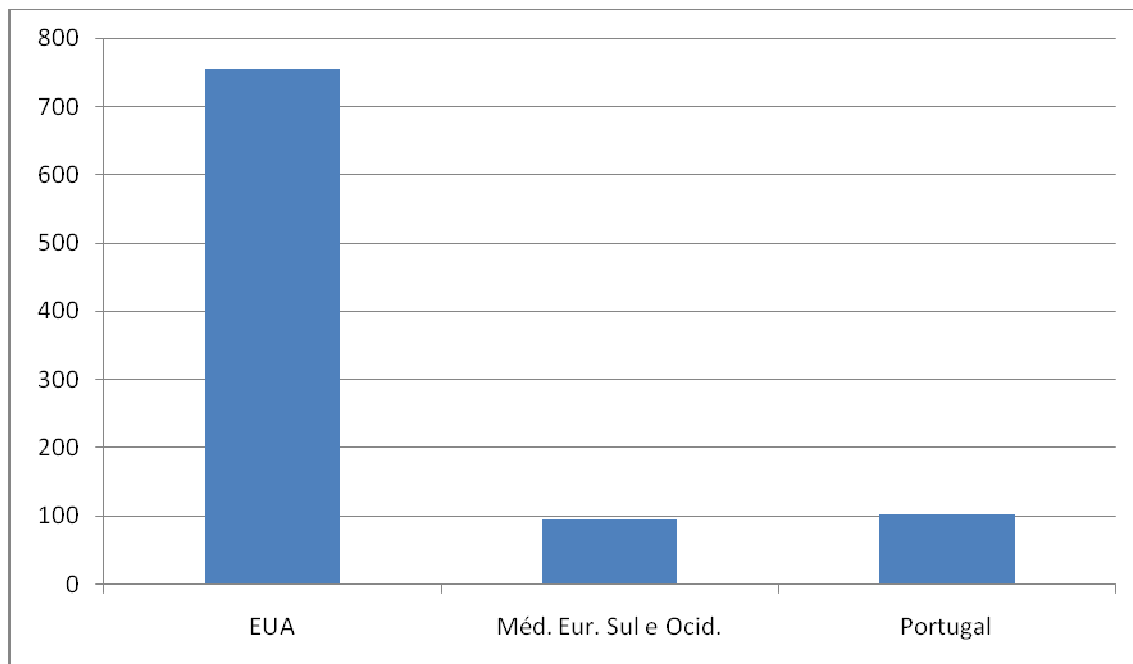


Gráfico n.º 1: Taxa da população prisional em 2008, por cada 100.000 habitantes

(Fonte: *World Prison Population List*, 8th ed., King's College, Londres, disponível em http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/wppl-8th_41.pdf e DGSP, <http://www.dgsp.mj.pt>).

No segmento temporal de 1999 a 2010, a tendência tem sido de diminuição progressiva do número de reclusos, com uma ligeira inflexão nos últimos três anos. É de registar um aumento no número de reclusos estrangeiros, embora limitado e facilmente explicável pelos fluxos migratórios que Portugal tem conhecido nos últimos anos, em especial de alguns países africanos e de Estados da Europa de Leste. Representam cerca de 20% da população reclusa (*vide* gráfico n.º 2).

As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.

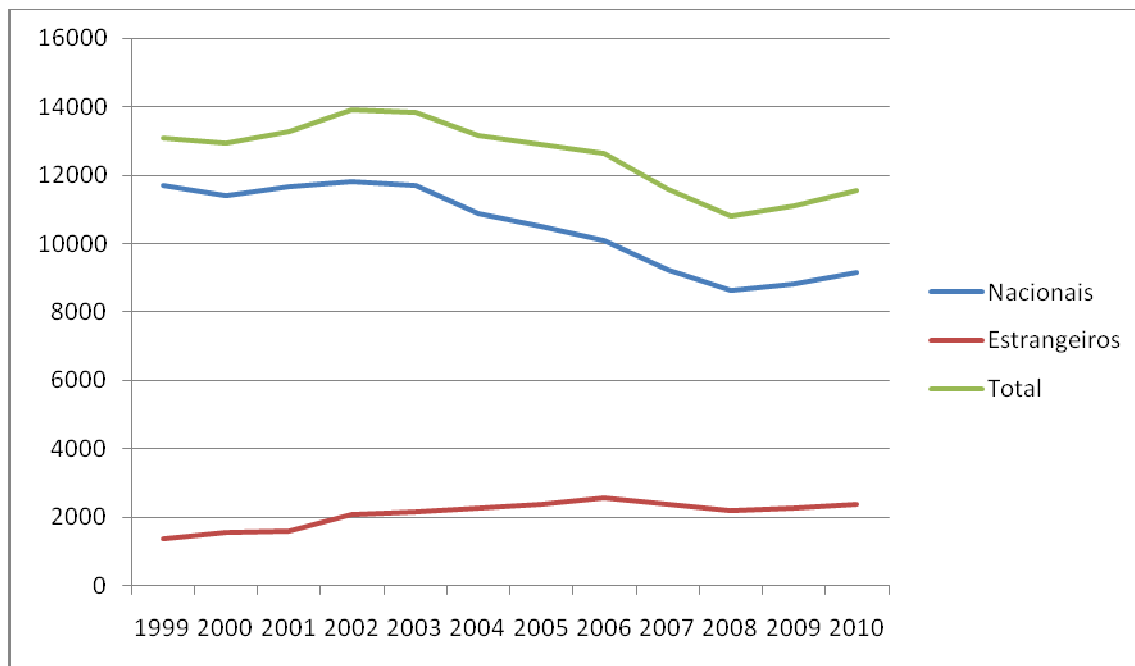


Gráfico n.º 2: Reclusos (nacionais e estrangeiros) em cumprimento de pena ou medida de coação processual detentiva nos estabelecimentos prisionais portugueses, entre 1999 e 2010 (Fonte: DGSP, <http://www.dgsp.mj.pt>).

Os crimes que representam a maior parcela das condenações são ⁽¹⁷⁾, na atualidade, os delitos contra o património (a dita «criminalidade aquisitiva»), seguidos pelos crimes contra as pessoas (em crescendo) e por aqueles que se acham conexcionados com as substâncias estupefacientes. Estes últimos, no segmento temporal de 2000 a 2010, têm registado uma forte diminuição, muito por via da descriminalização (especial), em 2000, do consumo de drogas ilícitas, que passou a ser considerado como uma mera contraordenação (de cerca de 4000 condenações em 2000 para metade em 2010).

⁽¹⁷⁾ Fonte: Estatísticas da Justiça (<http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica>).

Procurando caracterizar a população prisional, como é normal, a grande maioria é representada pelos indivíduos que se encontram em cumprimento de pena ou medida de segurança privativa de liberdade, os quais têm conhecido uma tendência ascendente no período de 1994 a 2010, ao invés do que sucede com os agentes em prisão preventiva. Sempre se poderá dizer, assim, que, para além de outros fatores, a diminuição na aplicação da mais gravosa das medidas de coação processual tem contribuído para o abaixamento da população penitenciária. É aliás de verificar que os picos dessa diminuição correspondem, em regra, a mudanças legislativas no sentido de tornar a sua determinação cada vez mais como *ultima ratio* ou, pelo menos, a mutações ao nível da compreensão social e judiciária do fenómeno, amiúde espoletadas por processos judiciais de ampla projeção mediática (cf. gráfico n.º 3).

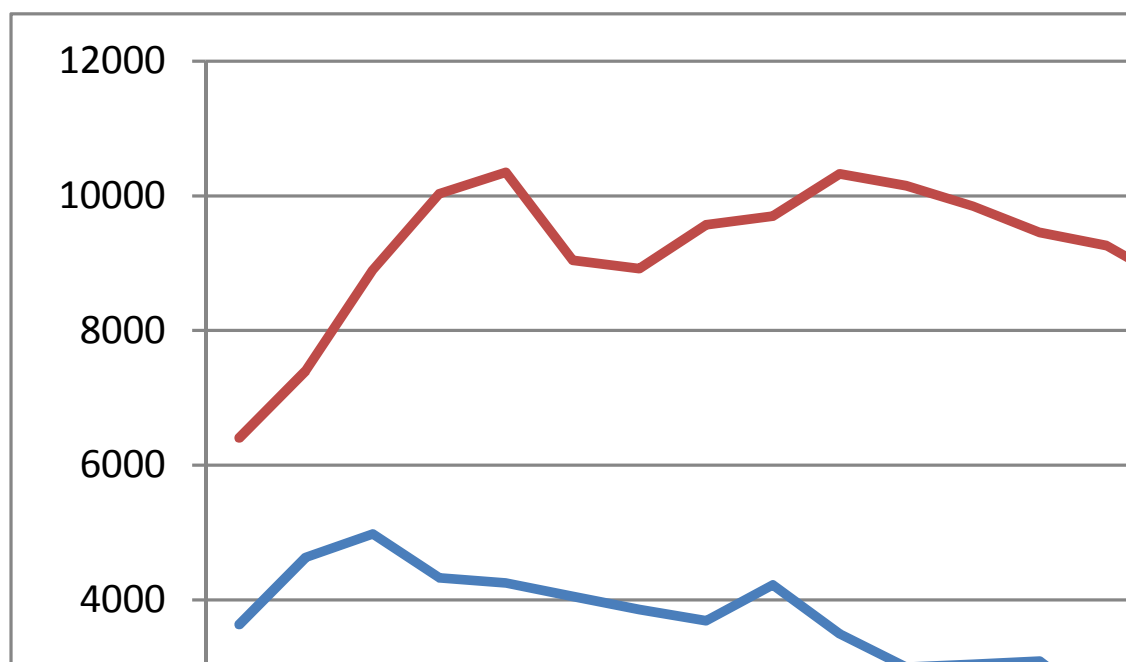


Gráfico n.º 3: Caraterização dos reclusos em Portugal (1994-2010), em função da respetiva situação processual (Fonte: DGSP, <http://www.dgsp.mj.pt>).

Um eixo particularmente desenvolvido em Portugal, desde 2002, tem sido a vigilância eletrônica aplicada quer às medidas de coação processual, quer ao efetivo cumprimento de penas. Embora com algumas oscilações, o número de medidas e penas sujeitas a monitorização eletrónica tem vindo a aumentar (gráfico n.º 4), sendo claramente a vigilância da obrigação de permanência na habitação (medida de coação processual detentiva do art. 200.º do Código de Processo Penal – CPP) aquela que tem implicado maior número de decisões judiciais favoráveis (gráfico n.º 5). O art. 44.º do CP autoriza o cumprimento de pena de prisão, como regra até um ano e, excepcionalmente, até dois, na habitação, com recurso a meios de controlo à distância⁽¹⁸⁾. Encontramo-nos já em fase pós-sentencial, sendo os respetivos valores ainda diminutos, para o que contribui, de entre outros, a circunstância de estarmos perante uma medida introduzida somente em 2007. A adaptação à liberdade condicional,

⁽¹⁸⁾ Art. 44.º do CP (Regime de permanência na habitação) 1 — Se o condenado consentir, podem ser executados em regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, sempre que o tribunal concluir que esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição:

a) A pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano;
b) O remanescente não superior a um ano da pena de prisão efectiva que exceder o tempo de privação da liberdade a que o arguido esteve sujeito em regime de detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação.

2 — O limite máximo previsto no número anterior pode ser elevado para dois anos quando se verificarem, à data da condenação, circunstâncias de natureza pessoal ou familiar do condenado que desaconselham a privação da liberdade em estabelecimento prisional, nomeadamente:

a) Gravidez;
b) Idade inferior a 21 anos ou superior a 65 anos;
c) Doença ou deficiência graves;
d) Existência de menor a seu cargo;
e) Existência de familiar exclusivamente ao seu cuidado.

3 — O tribunal revoga o regime de permanência na habitação se o condenado:

a) Infringir grosseira ou repetidamente os deveres decorrentes da pena; ou
b) Cometer crime pelo qual venha a ser condenado e revelar que as finalidades do regime de permanência na habitação não puderam por meio dele ser alcançadas.

4 — A revogação determina o cumprimento da pena de prisão fixada na sentença, descontando-se por inteiro a pena já cumprida em regime de permanência na habitação.

instituto também resultantes da mesma reforma do CP, e a que nos referiremos mais adiante, tem tido uma aplicação residual.

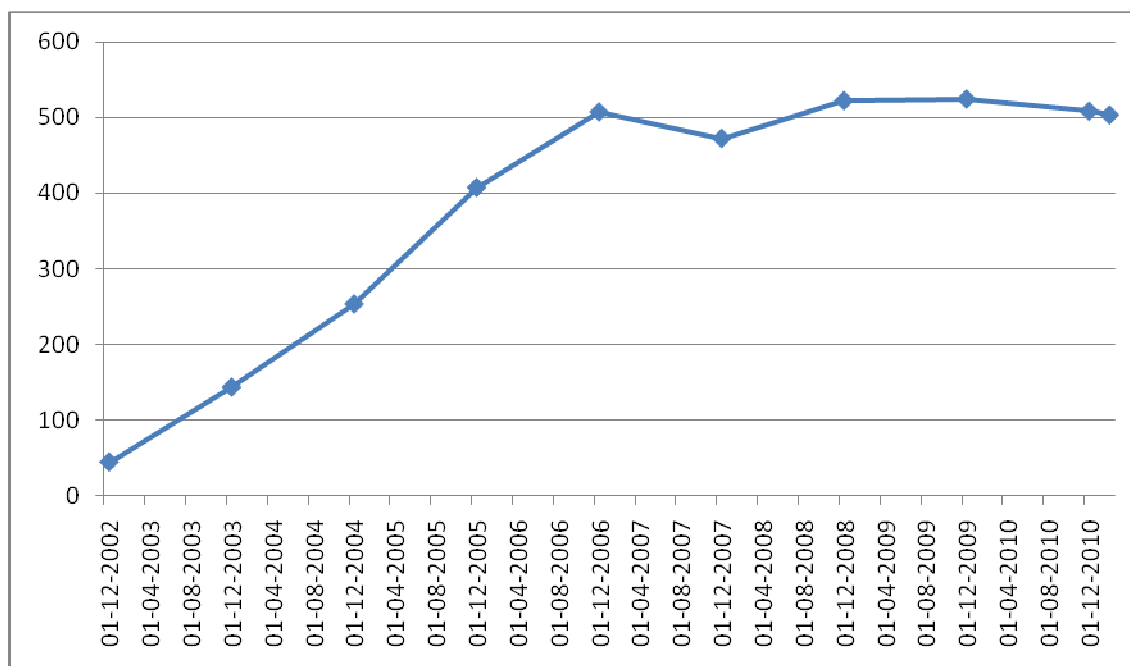


Gráfico n.º 4: Número de medidas de coação processual e de penas cujo regime de cumprimento está sujeito a vigilância eletrônica (Fonte: Direção de Serviços da Vigilância Eletrônica – DSVE, dados cedidos, muito gentilmente, por esta Direção).

As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.

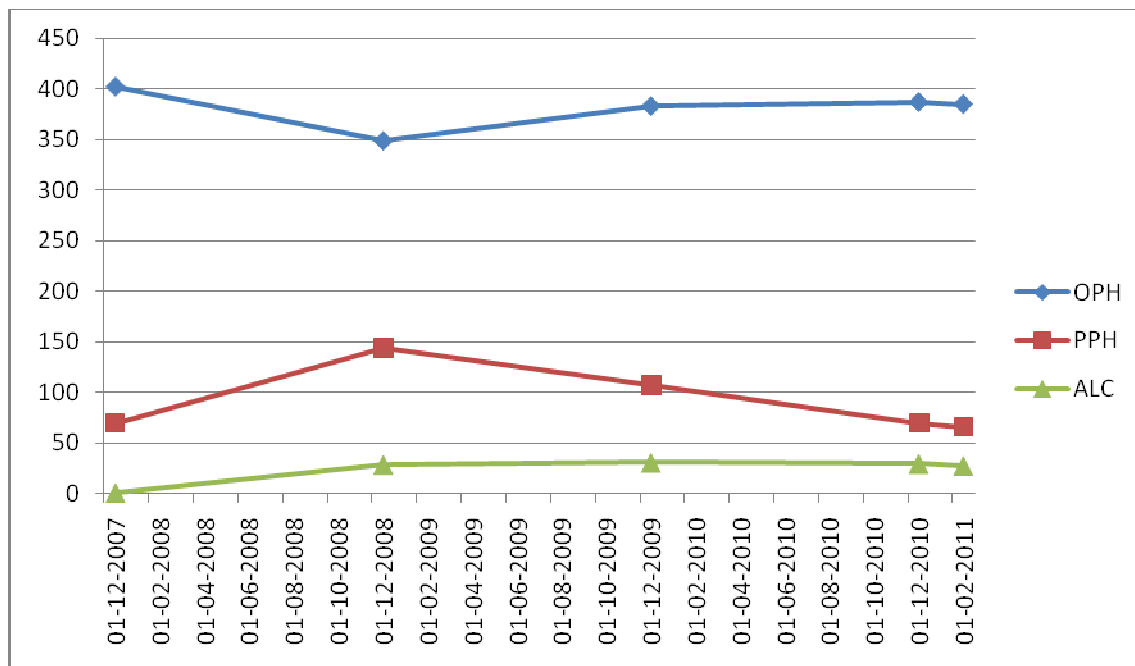


Gráfico n.º 5: Caraterização das principais medidas e penas sujeitas a monitorização eletrónica, 2007-2011 (OPH: obrigação de permanência na habitação; PPH: pena de permanência na habitação; ALC: antecipação de liberdade condicional).
Fonte: DSVE (dados cedidos, muito gentilmente, por este organismo público).

Um dos principais argumentos em favor da vigilância eletrónica, para além de evitar a dessocialização e o contacto com o meio prisional, tem sido o do seu sucesso em termos de taxa de revogação, a qual tem vindo a decrescer, situando-se em cerca de 4% do total das medidas e penas em acompanhamento ⁽¹⁹⁾.

IV. MEDIDAS LEGISLATIVAS COM EFEITO NA DIMINUIÇÃO DA POPULAÇÃO PRISIONAL

⁽¹⁹⁾ De acordo com dados da DSVE, já citados.

Analisaremos a matéria epigrafada nos dois momentos mais marcantes em que ela pode operar: ao nível da previsão normativa, antes mesmo da prática do delito e, depois desta, antes da determinação da sanção penal e, por outra banda, já em fase executiva.

A. Antes da execução. Há uma série de instrumentos legislativos que, empenhados em manter a privação de liberdade como o sancionamento de último recurso, conseguem, por consequência, manter a população prisional dentro de margens aceitáveis no concerto das demais nações europeias.

Ao nível das medidas de coação processual, a prisão preventiva tem sido dos institutos que tem conhecido maior polémica e mais constante intervenção do legislador. O atual CPP, vigente desde 1988, sempre a consagrou como de aplicação única nas factuaisidades em que as demais medidas coativas não fossem suficientes e adequadas, para além de lhe impor um limite formal em termos de moldura aplicável aos crimes passíveis de prisão preventiva. Com o fim dos ditos «crimes incaucionáveis», aqueles em que esta medida de coação sempre teria de ser aplicada, inconstitucionais em face da nova ordenação saída de 1974, a regra passou a ser a de que a prisão preventiva se aplicaria a crimes dolosos puníveis com prisão superior a três anos, sempre que existissem fortes indícios da sua prática e de que o arguido fora o seu autor. Foi crescendo a convicção, na década de Noventa do século passado e nos primeiros anos deste dealbar de centúria, que a magistratura judicial portuguesa recorria em demasia à prisão antes de culpa formada, naquilo que era visto como um cumprimento menos exigente do princípio da presunção da inocência (art. 32.º, n.º 2, da Constituição). Dizia-se que se prendia primeiro e que se investigava depois, que os juízes eram coniventes com um estado de coisas que autorizava o ingresso em um

estabelecimento prisional em hipóteses não justificadas. E isto mais em face de uma cultura judiciária instalada que por via de uma lei permissiva que, na verdade, nunca existiu no Portugal democrático. Estas críticas só em parte eram acertadas, pois a média nacional de decisões aplicadoras da prisão preventiva, se bem que acima da média europeia, não era tão dispar.

Fruto deste criticismo, aliado ao mediatismo de processos como o «Casa Pia», verdadeiro *case study* da história judicial lusa, a reforma de 2007 do CPP veio limitar ainda mais a possibilidade de aplicação da prisão preventiva, até um ponto em que as finalidades cautelares conheceram uma indesejada diminuição. Fruto de críticas desde logo sentidas após a entrada em vigor dessa revisão, em 15/9/2007, e por via das sugestões apresentadas pelo Observatório Permanente da Justiça, organismo encarregue de monitorizar as alterações então introduzidas, em 2010, de novo, o legislador modificou o regime da prisão preventiva no que contende com os crimes que a admitem. Em resumo apertado, com base no art. 202.º do CPP, podemos dividir em três grupos essenciais as hipóteses fácticas em que a mais grave das medidas de coação processual são judicialmente equacionáveis: *a)* existência de fortes indícios da comissão de crime doloso que corresponda a criminalidade violenta (definida como aquela que compreenda condutas dolosas contra a vida, integridade física, liberdade pessoal, liberdade e autodeterminação sexuais ou autoridade pública, desde que puníveis com prisão de máximo igual ou superior a 5 anos – art. 1.º, n.º 1, al. *j*), do CPP); *b)* existência de fortes indícios de prática de crimes de terrorismo ou de criminalidade altamente organizada (definida no art. 1.º, n.º 1, al. *m*), do CPP como delitos de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas ou de estupefacientes, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou

branqueamento), ponto é que essa categoria de crimes seja punível com prisão de máximo superior a 3 anos; c) existência de fortes indícios de comissão de outros delitos dolosos puníveis com privação de liberdade de máximo superior a 3 anos.

Outra das fortes linhas de orientação no sentido da diminuição do contacto com os estabelecimentos prisionais tem sido a vigilância eletrónica, seja ao nível das medidas cautelares, seja do efetivo cumprimento de pena, acrescido de um instituto de antecipação da liberdade condicional hoje previsto no art. 62.º do CP. A matéria acha-se regulada pela Lei n.º 33/2010, de 2 de setembro, permitindo-nos destacar a obrigatoriedade de consentimento do arguido ou condenado e daqueles que com ele co-habitam (art. 4.º).

Tem apostado o legislador português, em aparente «contraciclo» com o já assinalado «punitive turn», em um sucessivo aumento do âmbito formal de aplicação das chamadas «penas de substituição», ou seja, aquelas que o juiz entende aplicar em vez de uma pena principal (de prisão ou de multa ⁽²⁰⁾), por entender que as finalidades punitivas se alcançam, de idêntico modo, por intermédio de outras (verdadeiras) penas tidas como mais favoráveis em sede de prevenção especial, sem contudo fazerem perigar considerações preventivas-gerais (e, eventualmente, de culpa). Na verdade, a história das penas substitutivas em Portugal tem sido a de um contínuo crescimento, não apenas no índice formal que admite a sua aplicação, mas também, até, na construção de novas penas de substituição. A reforma de 2007 do CP foi, a este propósito, um exemplo eloquente, desde logo se admitindo que a suspensão da execução da pena de

⁽²⁰⁾ Sendo certo que, em relação a esta, somente se configura a pena de admoestação (art. 60.º do CP), também ela tendo conhecido um reforço do seu campo aplicativo, embora seja muito duvidosa a vantagem político-criminal da sua consagração, mais parecendo estarmos em face de uma forma «encapotada» de descriminalização ou, em outra perspetiva, ante uma manifestação do «Direito Penal simbólico».

prisão (pena suspensa, *sursis*, na legislação brasileira), a pena substitutiva de mais largo espectro, se possa aplicar face a medidas concretas até 5 anos de prisão ⁽²¹⁾, o que no contexto de um sistema penal cujo «máximo dos máximos» (EDUARDO CORREIA) é de 25 anos de privação de liberdade, representa 1/5 desse mesmo máximo e abrange não apenas medidas de pequena gravidade, mas já de ofensividade média. Manteve-se, para além disto, a categoria das chamadas «penas de substituição detentivas» (prisão por dias livres e regime de semidetenção – artigos 45.º e 46.º do CP ⁽²²⁾), apesar de ser duvidosa a vantagem político-criminal nessa opção, ainda por cima reforçadas em termos de âmbito formal aplicativo. Para quem a entenda como tal (o que é muito discutível ou, pelo menos, duvidoso em uma das suas modalidades ⁽²³⁾), o regime de permanência na habitação para cumprimento de pena privativa de liberdade do art. 44.º do CP foi uma nova pena de substituição introduzida em 2007, a que acresce a proibição do exercício

⁽²¹⁾ Para um conspecto das principais alterações na matéria com a revisão de 2007 do CP, cf. o nosso «A Suspensão da Execução da Pena Privativa de Liberdade sob Pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal», in: MANUEL DA COSTA ANDRADE *et al.* (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 583-629.

⁽²²⁾ Artigo 45.º do CP (Prisão por dias livres) 1 – A pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano, que não deva ser substituída por pena de outra espécie, é cumprida em dias livres sempre que o tribunal concluir que, no caso, esta forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

2 – A prisão por dias livres consiste numa privação da liberdade por períodos correspondentes a fins-de-semana, não podendo exceder 72 períodos.

3 – Cada período tem a duração mínima de trinta e seis horas e a máxima de quarenta e oito, equivalendo a 5 dias de prisão contínua.

4 – Os dias feriados que antecederem ou se seguirem imediatamente a um fim-de-semana podem ser utilizados para execução da prisão por dias livres, sem prejuízo da duração máxima estabelecida para cada período.

Art. 46.º do CP (Regime de semidetenção) 1 – A pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano, que não deva ser substituída por pena de outra espécie, nem cumprida em dias livres, pode ser executada em regime de semidetenção, se o condenado nisso consentir.

2 – O regime de semidetenção consiste numa privação da liberdade que permita ao condenado prosseguir a sua atividade profissional normal, a sua formação profissional ou os seus estudos, por força de saídas estritamente limitadas ao cumprimento das suas obrigações.

⁽²³⁾ Em sentido próximo ao de MARIA JOÃO ANTUNES, *Consequências Jurídicas do Crime. Lições para os Alunos da Disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: s/ed., 2007/2008, pp. 9, 46-47, distinguindo as hipóteses da al. a), do n.º 1, das da al. b) e do n.º 2, todos do art. 44.º do CP.

de profissão, função ou atividade para medidas até 3 anos (art. 43.º, n.º 3, do CP ⁽²⁴⁾) que, não se discutindo da bondade da respetiva introdução, tem na sua inserção sistemática uma opção altamente criticável.

Haveria que indagar da motivação ou motivações que estiveram na base desta senda de crescimento das penas substitutivas: continuação de uma tradição jurídica lusa de relativa humanização da justiça penal, verdadeira crença no cumprimento de penas fora das prisões, com aposta em mecanismos ressocializadores, ou simplesmente, entendimento de que as sanções substitutivas representam um melhor «ponto ótimo» nos gastos com o sistema criminal? Não é este o momento nem o local para as respostas, mas somente para sensibilizar os leitores para o carácter intrincado da questão. Assim como, *hic et nunc*, importa apenas chamar a atenção para um movimento a que se vem assistindo no domínio das penas de substituição e que consiste na criação de vasos comunicantes entre elas, sempre no sentido de as aplicar em conjunto, assim se reforçando as potencialidades de cada uma e se propendendo para um regime capaz de dotar as penas substitutivas da eficácia e da efetividade que constituem penhor da respetiva existência e afirmação político-criminal e dogmática. Do mesmo passo, é cada vez mais clara a conceção segundo a qual algumas das penas acessórias prevenidas na legislação criminal devem arvorar-se ao estatuto de verdadeiras penas principais, como sucede, p. ex., em delitos conexioneados com a matéria, com a proibição de conduzir veículos com motor.

⁽²⁴⁾ Art. 43.º do CP (Substituição da pena de prisão) (...) 3 – A pena de prisão aplicada em medida não superior a três anos é substituída por pena de proibição, por um período de dois a cinco anos, do exercício de profissão, função ou atividade, públicas ou privadas, quando o crime tenha sido cometido pelo arguido no respetivo exercício, sempre que o tribunal concluir que por este meio se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

B. Na fase executiva. De entre os vários instrumentos legislativos que têm contribuído para a manutenção da privação da liberdade como mecanismo sancionatório de último recurso destacam-se aqueles que intervêm já depois da prática do delito e após a prolação e trânsito em julgado da respetiva decisão condenatória. Agora, do que se trata é, na verdade, não de evitar o ingresso do agente em um estabelecimento prisional, mas sim tornar esse período o mais adequado possível às finalidades ressocializadoras assinaladas à pena. Por outro lado, pretende-se ainda que a transição entre a reclusão e a liberdade suceda da forma o mais harmoniosa possível.

Exatamente neste último vetor, o regime de liberdade condicional português é bastante alinhado com o objetivo histórico do instituto – o de permitir um reingresso gradual e mais bem preparado na liberdade plena, em especial depois de um período mais longo de reclusão. É assim que, ao contrário do que sucedia antes da revisão de 2007 do CP, a regra quanto ao primeiro momento em que é equacionável a concessão deste incidente de execução da pena de prisão passa a ser de metade da medida concreta a cumprir (e no mínimo seis meses), independentemente da natureza do crime. Como é habitual, sendo esse o lapso temporal mais curto, é também aquele em que as exigências são maiores. Requer-se que à libertação condicional se não oponham exigências preventivas-especiais e gerais (art. 61.º ⁽²⁵⁾, n.º 2, do CP). Num segundo momento, não

⁽²⁵⁾ Art. 61.º do CP (Pressupostos e duração [da liberdade condicional]) 1 – A aplicação da liberdade condicional depende sempre do consentimento do condenado.

2 – O tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrar cumprida metade da pena e no mínimo 6 meses se:

a) For fundamentado de esperar, atentas as circunstâncias do caso, a vida anterior do agente, a sua personalidade e a evolução desta durante a execução da pena de prisão, que o condenado, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; e

b) A libertação se revelar compatível com a defesa da ordem e da paz social.

3 – O tribunal coloca o condenado a prisão em liberdade condicional quando se encontrarem cumpridos dois terços da pena e no mínimo 6 meses, desde que se revele preenchido o requisito constante da alínea a) do número anterior.

estando reunidos esses pressupostos, a liberdade condicional poderá ser concedida cumpridos que estejam dois terços da medida concreta da pena (e, de novo, no mínimo seis meses), mas agora exigindo-se somente o respeito pelas exigências especiais-preventivas, por se presumir que as de índole geral se acharão já aplacadas pelo facto de nos aproximarmos agora mais do cumprimento pleno da sanção (art. 61.º, n.º 3, do CP). Por fim, apenas nas medidas superiores a seis anos de prisão, cumpridos cinco sextos da mesma, o juiz terá de libertar condicionalmente o agente, ainda que a tal se oponham as exigências de ressocialização (ou de mero afastamento do condenado da sociedade) e as de prevenção geral, *i. e.*, mesmo que essa libertação provoque ainda grave alarme e/ou perturbação sociais. Por este motivo, o papel do magistrado judicial é o de um simples *accertamento* em relação ao tempo de cumprimento da pena e verificação da existência de consentimento do condenado ⁽²⁶⁾. A exigência de prestação de consentimento é, também, um afloramento da ideia atrás expendida de que a pena é um direito do recluso, o qual pode entender (o que estatisticamente é quase desprezível, como é evidente) que o seu processo ressocializador se desenvolve melhor no estabelecimento prisional que em liberdade, ainda que sujeita a deveres, regras de conduta e/ou regime de prova (art. 64.º, n.º 1, do CP).

Não é opção legislativa maioritária nos países que nos são culturalmente mais próximos erigir um momento de libertação condicional dita «obrigatória» (a expressão usa-se por ser plástica, embora tecnicamente inexata, atenta a exigência de

4 – Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, o condenado a pena de prisão superior a 6 anos é colocado em liberdade condicional logo que houver cumprido cinco sextos da pena.

5 – Em qualquer das modalidades a liberdade condicional tem uma duração igual ao tempo de prisão que falte cumprir, até ao máximo de cinco anos, considerando-se então extinto o excedente da pena.

6 – (Revogado.)

⁽²⁶⁾ Cf. o acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 3/2006 (Processo n.º 330/05, 5.ª Secção), *Diário da República*, 1.ª série, de 9 de Janeiro de 2006.

consentimento do condenado), em que o juiz não afere o cumprimento de dimensões que, como regra, deveriam nortear este incidente executivo. De novo verificamos aqui uma ampla aposta na ressocialização do condenado, a que acresce, ainda, a circunstância de o período de liberdade condicional nunca poder exceder cinco anos e, caso o sobejante da pena seja superior, ele se considerar extinto (art. 61.º, n.º 5, do CP). É nosso entendimento que a dispensa da verificação de qualquer um dos requisitos especiais e gerais-preventivos uma vez cumpridos cinco sextos da pena, ainda que em medidas concretas longas, não opera a necessária concordância prática entre os valores em presença: a necessidade de recobro do condenado que se prepara para a liberdade e a defesa da sociedade, o que é particularmente visível em crimes muito graves e com enorme repercussão social. Não se diga que as injunções constituintes da liberdade condicional são suficientes para obstar a esses receios, porquanto nestas hipóteses mais graves somente um cumprimento pleno da pena de prisão seria apto a defender os valores a que alude o art. 40.º, n.º 1, do CP. Acresce que, na factualidade do art. 61.º, n.º 4, do CP, o juiz é reduzido a um simples tabelião cuja função maior é a contagem do tempo de prisão cumprido, muito pouco se tivermos em mente que a liberdade condicional nasce, historicamente, sob o signo de uma mais completa adaptação da execução da pena a cada um dos condenados.

Somos igualmente críticos quanto a uma medida introduzida em 2007 no CP: a antecipação da liberdade condicional (art. 62.º ⁽²⁷⁾). De acordo com este novel regime,

⁽²⁷⁾ Art. 62.º do CP (Adaptação à liberdade condicional) Para efeito de adaptação à liberdade condicional, verificados os pressupostos previstos no artigo anterior, a colocação em liberdade condicional pode ser antecipada pelo tribunal, por um período máximo de um ano, ficando o condenado obrigado durante o período da antecipação, para além do cumprimento das demais condições impostas, ao regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância.

no máximo um ano antes de cada um dos três momentos ⁽²⁸⁾ em que se pode equacionar a concessão do incidente em estudo, o juiz do Tribunal de Execução das Penas pode autorizar que o condenado cumpra esse lapso temporal até ao momento decisório a propósito da libertação condicional em regime de permanência na habitação com recurso a meios de vigilância eletrónica. Sendo a liberdade condicional uma antecipação da liberdade plena, um instituto destinado a fomentar essa transição de modo menos difícil para o condenado e, reflexamente, para a própria comunidade, não se percebe, em pura lógica político-criminal, essa «*antecipação da antecipação*», constituindo ela uma espécie de «antecâmara» da liberdade condicional. Julgamos, de facto, que as verdadeiras razões que terão motivado a adoção desta medida se justificam, isso sim, por motivos de índole económica, tentando retirar do sistema prisional condenados em relação aos quais existem fundamentos para crer na formulação de um juízo de exarcelação favorável.

Por seu turno, o CEP, no seu art. 12.º, prevê duas formas de execução da pena privativa de liberdade que estão claramente apostadas em melhorar o processo de ressocialização do condenado: o regime aberto no interior e no exterior ⁽²⁹⁾, através dos quais, no estabelecimento prisional ou fora dele, o recluso pode aceder à realização de funções de tipo laboral pelas quais é remunerado e que o auxiliam na manutenção de alguma atividade profissional, com as conhecidas vantagens (a variados níveis) que daí derivam. Instrumento central na aposta ressocializadora do sistema penitenciário é a

⁽²⁸⁾ Apesar de a redação do preceito não ser a mais clara, parece ter sido esta a *intentio* legislativa. Assim, o acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 14/2009 (Processo n.º 1746/7.8TXEVR-UJ), *Diário da República*, 1.ª série, de 20 de novembro de 2009.

⁽²⁹⁾ Vide, ainda, os artigos 179.º, ss., do Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de abril, que aprova o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, assim concretizando várias disposições legais do CEP.

elaboração de um *plano individual de adaptação* (art. 21.º do CEP) ⁽³⁰⁾, com a indicação o mais clara possível dos objetivos a atingir durante o cumprimento da pena e das respectivas estratégias. Dos artigos 39.º a 41.º do CEP resulta que a formação profissional, a prossecução de estudos e a prestação de trabalho voluntário são meios aptos a permitir uma maior flexibilização do cumprimento da pena ⁽³¹⁾, *maxime* ao nível da concessão de licenças de saída de tipo jurisdicional ou administrativo (artigos 76.º, ss, do CEP ⁽³²⁾). Funcionam, pois, como importantes incentivos a que o tempo de reclusão seja tempo de valorização pessoal, profissional e académica do condenado.

A única abertura do ordenamento jurídico português à *mediação pós-sentencial* surge no art. 47.º do CEP, embora configurada como programa experimental e quase nada regulamentado. Apenas se diz no inciso que o encontro entre o condenado e o ofendido (ou seus representantes ou familiares, dependendo das consequências concretas que o delito tenha provocado) deve ter efeito ao nível da flexibilização da execução da pena. Tal parece significar que a participação, sempre voluntária, em um destes projetos de mediação, modalidade de *restorative justice*, pode ter como consequência a maior facilidade na concessão de autorizações de saída do estabelecimento prisional, p. ex., na medida em que contribuiu favoravelmente para um juízo prognóstico em sede da salvaguarda, *in casu*, das finalidades especiais-preventivas. Todavia, inexiste uma regulamentação dessas específicas consequências de um encontro restaurativo e, até, do modo como o mesmo se opera. Poder-se-á pensar

⁽³⁰⁾ Ver, também, sobre a matéria, em especial no que contende com a avaliação inicial do recluso, após o ingresso no estabelecimento prisional, o art. 15.º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (e, mais especificamente, os artigos 67.º, ss.).

⁽³¹⁾ Idênticos instrumentos se acham recolhidos em vários ordenamentos jurídicos como p. ex., o italiano. Sobre o tema, MARIO CANEPA *et al.*, *Lezioni di Diritto Penitenziario*, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 97-104.

⁽³²⁾ Desenvolvidas nos artigos 138.º, ss., do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais.

numa aplicação, com as necessárias adaptações, do regime geral de mediação penal de adultos em Portugal, previsto na Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Todavia, o facto de ela se aplicar somente à primeira fase do processo penal português (o inquérito) e a sua ligação ao instituto da desistência de queixa, colocam, ao momento pós-sentencial, dificuldades aplicativas apreciáveis, ainda que de modo subsidiário. Na prática, tanto quanto sabemos, depois de a DGSP ter iniciado um projeto de mediação pós-sentencial, o mesmo foi interrompido. Conviria conhecer os resultados obtidos e o modo como eles tinham ou não repercussão na concreta forma executiva da sanção penal.

V. EM CONCLUSÃO: A CAMINHO DE UM DISPOSITIVO COMPLEXIVO PARA DIMINUIR A POPULAÇÃO PRISIONAL

Do exposto se conclui que o ordenamento jurídico português se baseia em um modelo político-criminal ⁽³³⁾ que, erigindo a pena privativa de liberdade como *ultima ratio* de entre o arsenal punitivo do Estado, empreende uma série de medidas legislativas destinadas a manter, em consequência, a população prisional dentro de limites aceitáveis em um Estado de Direito democrático e social, e que comparem com os sistemas congêneres. Ultrapassada que está, há muito, a «crença» na erradicação total do crime nas sociedades, aquilo por que todas elas pugnam é a sua manutenção dentro

⁽³³⁾ Fundamentalmente de recorte liberal, de entre os modelos estatais, na tipologia proposta por MIREILLE DELMAS-MARTY, *Modelos e Movimentos de Política Criminal*, Rio de Janeiro: Revan, 1992, pp. 31-34, e 62, ss., sendo certo que, na atualidade, as sociedades ocidentais não se podem caracterizar, em termos de modelo adotado, pela pertença apenas a um deles. Não é por acaso que se adverte para a «desordem dos modelos de política criminal». Apesar desta evidência, existem mais traços típicos de um modelo de feição liberal, ainda empenhado na defesa do princípio da legalidade e na proteção dos direitos dos arguidos e demais sujeitos processuais.

de taxas comunitariamente suportáveis, ou seja, em número tal que as funções sociais possam continuar a ser desenvolvidas.

Para este desiderato, o Direito é apenas uma das regiões normativas que podem e devem colaborar, na sua qualidade de *dever-ser que é*, i. e., enquanto interposto valorativo entre a axiologia comunitária desejável e a realidade social que se situa ao nível de algo próximo de um *Dasein* heideggeriano. É nesta mediação entre a perspectiva valorativa e a visão da «razão prática» à maneira kantiana que o Direito se movimenta. E fá-lo – como se sabe – em via minimalista, assegurando tão-só aqueles bens jurídicos tidos como essenciais para a convivência comunitária e para o livre desenvolvimento da pessoa. Destarte, a *neo-hipertrofia penal* que vem caracterizando os nossos dias e as sociedades ditas «evoluídas» ⁽³⁴⁾ nada mais é que uma admissão do falhanço comunitário no desenvolvimento dos demais instrumentos sociais, económicos, políticos e culturais que, mais do que o Direito, têm uma decisiva palavra na contenção dos delitos em níveis aceitáveis.

Assim, qualquer dispositivo situado no balanceamento entre a *racionalidade* e a *eficiência*, por uma banda, e a *garantia dos direitos do agente do crime e dos demais sujeitos processuais*, por outra, terá de dividir-se naqueles fatores que intervêm antes da prática delitual, sendo, nesta medida, preexistentes em relação ao delito, e aqueles cujo campo de atuação será após a comissão delituosa.

No que contende com os primeiros, sempre será de atender aos fatores de índole não-jurídica que, por via da melhoria da qualidade de vida (entendida esta de jeito holístico), desempenham um papel insubstituível na diminuição dos crimes. A estes

⁽³⁴⁾ E que, para além das razões avançadas em texto, também tem como causa uma aceção cada vez mais «promocional» do Estado, como bem observa ENZO MUSCO, *L'illusione Penalistica*, Milano: Giuffrè, 2004, *passim*, em esp., pp. 55-62.

acrescem a adequação da intervenção dos meios de controlo social formal (v. g., polícia de proximidade) e informal, assim como uma judiciosa aplicação do princípio da *ultima ratio* da tutela penal. Por outro lado, por não existir, em nosso entender, apesar de todas as críticas, outra alternativa completa e credível, propendemos para a manutenção da ressocialização do condenado como um dos objetivos da execução da pena privativa de liberdade. Ressocialização esta entendida nos exatos termos que deixámos indicados: criação das condições essenciais a que, sendo essa a vontade do recluso, ele a possa empreender. Caso tal não suceda, a prisão não poderá deixar de ser pouco mais que uma forma de contenção de um indivíduo pelo facto de ter cometido um delito (prevenção especial negativa). Essencial é, ainda, neste contexto, que o ordenamento jurídico disponha de normas claras quanto aos fins das penas e da execução da privação de liberdade. Portugal é, como se sabe, um dos poucos Estados que positivou em letra de lei essas duas finalidades, o que não impede que os países que o não façam expressamente não disponham, também, de um dispositivo respeitador dos direitos fundamentais e da eficácia que se lhes exige, ponto é que exista uma interpretação doutrinal e jurisprudencial mais ou menos constante nesse domínio e que, embora por outra via, forneça uma grelha hermenêutica apta ao respeito pelos valores da segurança e certeza na aplicação do Direito. Apesar de a época em que vivemos não ser favorável, ao menos ao nível do discurso político, é essencial que os Estados não deixem de exercer uma *constante depuração* daquelas condutas face às quais, na verdade, se justifica a censura penal, daquelas em que tal não sucede. Ao fim e ao cabo, a prossecução de um programa racional de descriminalização judiciosa.

Ao nível das medidas tendentes a, após a prática criminosa, diminuir ao máximo os efeitos criminógenos da pena de prisão e preparar o condenado para a liberdade,

cumprir salientar a previsão e efetiva aplicação da prisão preventiva como *ultima ratio* de entre as medidas processuais cautelares; a aposta nos meios de controlo à distância, naquilo que é a tecnologia ao serviço da reinserção social e a manutenção (embora com alterações, como sublinhámos acima) da liberdade condicional, bem como a existência de pressupostos claros sobre o sentido da execução da pena privativa de liberdade. Assim, o trabalho, a educação, a formação profissional, a prática desportiva, o acompanhamento por técnicos, os programas de vinculação comunitária ⁽³⁵⁾, a abertura à mediação pós-sentencial e a flexibilização executiva no interior e no exterior, são alguns dos aspetos por onde tem passado – e, julgamos, deverá continuar a passar – a construção, reinventada dia-a-dia, de um sistema jurídico-penal comprometido com o periclitante equilíbrio entre punir, proteger, ressocializar e integrar: pessoas e valores.

⁽³⁵⁾ Cf. os artigos 71.º a 101.º do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais.